31




POR DON IVAN, Y D. LVCAS DE CARRASQVILLA MALDONADO HERMANOS,

EN EL PLEYTO

SOBRE LA HERENCIA DEL SEÑOR DOCTOR D. Diego de Carrasquilla, Oydor que fue de la Real Chancilleria de la Ciudad de los Reyes de las Indias, tio de los suso-dichos, y hermano de don Gonçalo de Carrasquilla su padre.

CON

DON IACINTO FERNANDEZ DE Mesa, como marido, y conjunta persona de D. Ana de Roxas, y Solis. A que salio el señor Fiscal,

SOBRE

La adjudicacion y entriego de los 81994. pesos de a ocho reales de plata procedidos de la dicha herencia, que estan en esta Real Casa de la Contratacion de esta Ciudad de Seuilla.

Año de 1653.

NO Està vinculado el acierto a la opinion de muchos, o a la grandeza, oficio, o dignidad de sus Autores. Si es lo mejor de la sentencia la razon de la ley en que se funda, pero es mas comun, como mas seguido el aplauso popular contra lo primero, que aprouar la seguridad de lo segundo; porque la ambicion, y la lisonja acreditan a el poder por ley, y despojan a la ley de su misma razon, quando conforme a la *de Toro*, no ay opinion, que valga por ley, y por la quinta, *C. de legibus*, no ay ley, que no castigue a quien quebranta su razon. *Nec pœnas insertas legibus euitabit, qui contra iuris sententiam sæua prærogatiua verborum fraudulenter excusat*; y porque seguir las doctrinas, mas por respeto de quien las dize, que por ajustadas, ocasiona euidẽte daño a la Republica, como lo sintieron Burgos de Paz, sobre la dicha *ley de Toro, num. 626.* y Ceruantes *num. 3.* me ha parecido siempre acogerme a el sagrado de la razon en las leyes dõde el mas retirado, y menos conocido, suele tener tal vez mas propria inteligencia, que la introduzida doctrina de muchos, por no oluidarme de la *ley 1. C. de veteri iur. enuc. Sed neque ex multitudine, quòd meliùs, & æquius est iudicate, cum possit vnius forsan, & deterioris sententia, & multos, & maiores aliqua in parte superare.* Ad rem igitur.

Facti series.



EN La Ciudad de los Reyes Prouincia del Perù de las Indias, por el mes de Mayo del año passado de 49. murio el señor don Diego de Carrasquilla, Oydor que fue de la Real Chancilleria de la dicha Ciudad. Pretendio luego el P. Maestro Fr. Fancisco de la Cruz, Prouincial de la dicha Prouincia de la Ordẽ de santo Domingo, que se declarasse auer testado el dicho señor Oydor, y con menos fundamento del que conuenia, se declarò por vn Iuez Ordinario, auer otorgado testamẽto nuncupatiuo, y q̃ por el quedauan por sus herederas D. Clara, y D. Vitoria de Carrasquilla sus hermanas, que estauan en España, y su alma, y por Albacea el dicho Padre Prouincial, que como interessado en la tenencia de los

bienes del dicho señor Oydor, que parauan en su poder, consiguio sentencia del señor Iuez Mayor de bienes de difuntos de la dicha Ciudad, en fauor de su albaceazgo, y de la dicha llamada disposicion, y luego sentẽcia de vista de los señores de la dicha Real Chãcilleria, y despues de tres discordias, auto definitiuo para q̃ se executasse la dicha sentencia, cõ que se diuidiesse en tres partes iguales, las dos para las dichas dos hermanas, y que se distribuyesse la tercera parte en obras pias, por el alma del dicho señor Oydor. Siguiose a los principios el dicho pleyto con defensor, y despues se prosiguio sin el, con don Lucas de Carrasquilla, hijo legitimo de don Gonçalo de Carrasquilla, hermano legitimo del dicho señor Oydor, a quien tocaua la contradicion del dicho llamado testamento, como a su heredero legitimo abintestato, y por no tener poder del dicho su padre, prestò por el voz, y caucion de rato. Las dichas hermanas murieron en Cordoua de cõtagio, sin tener noticia de que estauan reputadas por herederas por las dichas sentencias, dexandose la vna a la otra por herederas, el año de cinquenta por el mes de Março, y la vltima de las dos, dexò por su heredera a doña Ana de Roxas y Solis, muger legitima de don Iacinto Fernãdez de Mesa, vezinos de Cordoua, y en la quarta parte, a vn barbero de la dicha Ciudad, sin saber de la muerte del dicho su hermano, antes ignorando q̃ vuiesse muerto, como por el testamento de la dicha doña Clara se reconoce. Pretende D. Iuan de Carrasquilla por si, y su hermano, se le han de entregar los 8994. pesos procedidos de los bienes, y herencia del dicho señor Oydor su tio, hermano que fue del dicho don Gonçalo su padre, que estan en esta Real Casa de la Contratacion, como a herederos abintestato (o como llamados por la *ley 1. tit. 4. lib. 5. Recopilationis*) del dicho señor Oydor. Y la dicha doña Ana de Roxas pretende la dicha cantidad, afirmando ser heredera por transmission de la dicha herencia, por cabeça de la dicha D. Clara, hermana del dicho señor Oydor.

§. I.

De nullitate aduersus Executoriam.

LO primero, que se ofrece en fauor de los sobrinos del señor Oydor, es, considerar la nulidad de las sentencias, y llamada

da Executoria, que parece que existe en fauor del dicho llamado testamento nuncupatiuo;pues aunque suena Executoria, no tiene fuerça, ni valor, ni se deue lleuar a deuida execució, por las notorias nulidades, que de sus mismos autos se manifiestan: y no tiene aqui lugar la regla de derecho, *Res iudicata pro veritate accipitur*, porque esta se entiende por la sentencia dada por Iuez competente, con conocimiento de causa entre partes legitimas, assi lo dize la *glossa en el cap. forus, de verb. signif.* vers. *Iudicium est actus trium personarum iudicis actoris, & rei super eadem, quæstione contendentium*; y no siédo legitima alguna de las tres, procede nulo el juyzio, como se ajusta en diferentes casos, por cada vna de las tres. Y resulta la sentencia de Vlpiano, en la *ley 4. ff. de re iudicata. Condemnatum accipere debemus eum, qui ritè condemnatus est, vt sententia valeat, cæterùm si aliqua sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere*; y siendo la nulidad de la dicha llamada Executoria, por defeto de parte legitima, y que consta de los mesmos autos, es notoria, y dexa de ser Executoria, pues se llama assi, quando trae parada execucion, y no la trae por la dicha nulidad, constante por los autos, y es ipso iure nulla la dicha llamada Executoria. Assi lo afirma Bartulo en el dicho §. ibi: *Quãdoque ex parte eius, qui opponit exceptionem nullitatis nihil est probandum, vt quia dicit non fui citatus, vel non fuit procurator, qui egit, & tunc exceptio nullitatis impedit executionem.* Porque es nulidad notoria, y impide la execucion de tres sentencias conformes, como lo siente Azeuedo, sobre la *ley 1. tit. 21. libr. 4. Recopil. á num. 93. vsque ad 97. Doctè Trentacinquius, variar. resolut. lib. 2. resol. 1. de executione rei iudicatæ, num. 2. & 3.* Joannes de Lignan *in cap. 1. extr. de sentent. & re iudicata: leg. si expressim, ff. de appellat.* Gomezius de Leon, en su Centuria de Informaciones, *loco 6. num. 3.* Maranta, *in disput. 6. num. 33.* Hyppolito, *in pract. §. 2. n. 3.* y otros muchos citados, y seguidos por estos, y es comun sentencia de todos, que afirman en los lugares citados, que para semejante nulidad, no es menester otra prueua extrinseca, quãdo resulta de los autos, como en el caso presente en que se ajusta la *ley Licèt, C. de procurat.* ibi: *Licèt in principio quæstionis persona debeat inquiri procuratoris an ad agendum negotium mandatum à domino litis habeat, si tamen falsus procurator inueniatur, nec dici controuersiæ solent, nec potest esse iudicium.* A quien corresponde la *ley 19. titul. 5. part. 5. Razonar, nin facer non puede el personero mas cosas en el pleito,*

to, nin meter a juyzio, de quanto le fuere otorgado, o mandado por razon dela personeria, e si a mas passare, non deue valer lo que ficiere. Y el señor Gregorio Lopez dize en su glossa. *Paria sunt agere contra mandatum, vel citra, vel præter mandatum, leg. si procurator, C. de procurat. cap. fin. de restit. spoliat.* Luego si las dichas sentēcias, y auto definitiuo, se siguierō sin parte legitima, y solo cō el dicho D. Lucas, sin mandato de su padre, ni ratificacion suya, euidente es la nulidad, y la causa abintestato està pendiente, como antes del litigio, porque *à contrario sensu valet argumentum*, lo ratificado. y hecho en nōbre del interessado, retrocede, como valido, hasta su principio: luego lo no ratificado se retrotrae a el estado antes q̄ se litigasse, como si no se vuiera litigado, y assi es nulo, y de ningun efeto. Assi lo determinò la *ley licèt, ff. de iudicijs*, ibi: *Et si quis cum procurator non esset litem sit contestatus, deindè ratum dominus habuerit, videtur res in iudicium rectè deducta.*

Confirmase la dicha nulidad por los autos, porque salio a ellos el dicho D. Lucas de Carrasquilla, prestando la dicha caució por su padre, porque aunque tanquam *coniuncta persona*, pudo ser admitido; pero no sin su recaudo de prestar la dicha caucion, porque en essa forma se le permite, por la *ley 10. tit. 5. part. 3.* ibi: *Pero cada vna de estas personas* (hablando de las conjunctas) *antes que entren en juyzio deben dar recabdo por fiadores, so cierta pena, que farà, e guisarà de manera, que aquel por quien fazen la demanda, aura por firme quanto se raçonare, o se ficiere, o se juzgare en aquel pleyto, e si el otro nin quisiere estar por ello, que el, e los fiadores pechen al demandado, la pena que i fuere puesta*, y es cōforme la *ley 6. tit. 7. lib. 1. for. legum*. Luego faltando la ratificacion del dicho D. Gonçalo, queda nulo lo actuado con su hijo, y notorio el derecho abintestato en los sobrinos del dicho señor Oydor, que oy representan al dicho D. Gonçalo su padre.

Fortificase mas la dicha nulidad, porque se puede oponer perpetuamente, y sin limitacion de tiempo, como lo sienten Baldo, *en la ley segunda, C. si ex falsis instrumēt.* Maranta *de ordine iudic. part. 4. distin. 16. num. 22.* Donde entre seis pone losdichos modos de nulidad notoria, *quæ ex ipsis actis constat*, la de defeto de parte legitima, y falta de citacion a la que lo fuere diziendo. *Et talis defectus tàm ex parte rei, quàm actoris, est magnus cum per eum deficiat voluntas, & consensus principalium, qui de iure naturali existit.* De que resulta ser la citacion de derecho natural. Y faltando

en eſte caſo, ſe augméta la nulidad, *leg. final, C. de rebus creditis, leg. defenſionis, C. de iur. Fiſci, lib.* 10. *leg. ſi non defendantur, ff. de pœnis*, y es tan irremediable, e inſanable, que *ſuppleri non poteſt etiam per Principem*, aſsi lo ſintio Staphile *in tractat. delict. fol.* 145. Y tambien porque lo que prouiene del derecho natural, por otro ningun derecho ſe puede ſuſpender, *§. naturalia inſtitut. de iure naturali.*

Tambien ſe conſidera la dicha nulidad, *ex vulgari regula res inter alios acta, &c. Et ex tit. C. eodem, ex leg. optimum, C. de contrah. empt. cap. inter dilectos de fide inſtrum. cap. veniēs de tranſact. cap. ſuper eo, de off. delegati, leg.* 20. *tit.* 22. *part.* 3. Maſcard. *de probat. concl.* 394. *num.* 29. Menchac. *quæſt. vſu frequent. cap.* 23. *nu.* 13. Thuſcus *tom.* 6. *lit. R. concl.* 264. *Cæſar Argel. de contradictore legit. quæſt.* 7. *num.* 80. Menoch. *conſ.* 28. *nu.* 28. Y procede mas bien, quando principalmente tocaua la accion de ſer heredero abinteſtato del dicho ſeñor Oydor muerto, a el dicho don Gonçalo, con que el juyzio litigado ſobre lo miſmo con ſu hijo, ſin ſu ratificacion, no le pudo prejudicar: y no ha lugar la limitacion, que ponen los Doctores, y el ſeñor Preſidente Couarruuias, en *el* 15 *cap. de ſus pract. num.* 4. y 5. ibi: *Neque enim dubium eſſe poteſt in aliquot caſibus ſententiam eſſe huiuſmodi qualitatis, & conditionis, vt cum vno lata alijs præiudicet, vel proſit, nempè vbi lis tractatur cum legitimo contradictore, à quo aliorum ius in eadem re deriuatur, & oritur.* La meſma diſtincion ſiguio el ſeñor Gregorio Lopez en la *ley* 20. *tit.* 22. *part.* 3. figurado el caſo en la filiacion, y ſe concluye, que la citacion ſe ha de hazer, y ſeguirſe el pleyto con quien principalmente ſe deue tratar, y a quien pertenece en primero lugar el derecho de la coſa ſobre que ſe litiga, *leg. Nam ita Diuus Pius, ff. de adoption.* ibi: *Exiſtimabunt etiam iudices adhibitis etiam his, qui contradicent, id eſt, qui læderentur confirmatione adoptionis.* Mejor la *ley* 1. *C. quibus res iudicat. non noceat*, ibi: *Si neque mandaſti fratri tuo defenſionem rei tuæ, neque quod geſtum eſt, ratum habuiſti, præſcriptio rei iudicatæ non oberit, & ideò nō prohiberis cauſam tuam agere ſine præiudicio rerum iudicatarum.*

No ſe puede omitir otra circunſtancia, de que pudiendoſe ſeguir el dicho pleyto con defenſor nombrado, no ſe proſiguio con el que ſe nombrò a los auſentes intereſſados, reuocando el auto en que ſe auia proueydo el dicho defenſor, pues aunque ſe le dà reſtitucion a el cautiuo, o al auſente contra lo autuado por ſu defenſor,

fensor, si este omitio las defensas legitimas, como lo dispone la *l. ab hostibus, ff. ex quibus caus. maior.* ibi: *Ego autem etiam nomine eius, qui hostium potitus est, si curator vt plerumq; fuerit bonis cōstitutus auxilium competere existimo, &c.* Por lo menos tiene diferente inspeccion, porque como el curador judicial dado a los ausentes, ha de ser nombrado sin sospecha por el Iuez, a quien assiste la presuncion de rectitud, como lo pondera Decio en el *consejo* 575. y Menochio *de arbitrar. iudic. casu* 150. *num.* 24. Gozad. *cons.* 68. *nu.* 10. Parece, que es valido y firme lo que con el se actuare, miẽtras no se alegare otra causa de nulidad, engaño, o lesion, que interuiniesse en el litigio, conforme a la *ley* 12. *tit.* 2. *part.* 3. que hablando de semejãte curador, dize. *E quando tal guardador fuere dado, puede entrar en juicio con el, e quanto raçonare, o ficiere por el derechamente, e sin engaño, serà valedero, tambien como si estuuiesse delante aquel cuyos fuessen los bienes.* Y teniendo por forçosa la eleccion de defensor en el dicho pleyto, se nombrò, pero pareciendole a el dicho P. Prouincial, como tã interessado albacea, que arriesgaua la pretẽsion, hizo q̃ se reuocasse el defensor, y se retirò, y no defendio mas, para que mas euidente quedasse la dicha nulidad de los autos.

§. 2.

De nullitate aduersus Testamentum.

Y Porque la nulidad tiene mayor firmeza, si en lo principal de los autos se fomenta, o porque por omission de alegacion, o por quebrantamiento de derecho, se procedio a la sentencia, que es el mayor grado, que puede tener de fortaleza la nulidad, constante de los autos, como lo dio a entender el dicho Trentacinquio en el lugar citado, *nume.* 2. Sebastiano Vancio *de nullit. pag.* 619. Minsyngerio *centur.* 1. *decis.* 27. Gama *decis.* 237. y desta nulidad vestida tratò doctamente Valasco *cap.* 39. *praxis partit.* Para darla a conocer mejor en la pretension del dicho testamento nuncupatiuo, se ha de atender, que siendo el dicho señor Oydor muy docto y entendido, si quisiera hazer testamento de su motiuo, estando en su buena razon, expressara siquiera su voluntad, afirmando, o negando algo, en la disposicion de su hazienda, y no pudo pues no pronunciò alguna proposicion entera.

o ar-

o articulada, afirmando, o negando, ſino como deponen los teſtigos preſentados por ambas partes, los que preſentò D. Lucas de Carraſquilla, que pueden verſe deſde fojas 141. haſta 152. y los de la parte del Prouincial, deſde foj. 153. haſta 173. donde eſtan ſeñalados los margenes. Eſtando ya moribundo, cerrados los ojos, turbados los ſentidos, y lengua, ſin poder articular palabras con ſentido perfeto, le preguntaron el dicho P. Prouincial, y el P. Fr. Franciſco Carraſco, ſi queria teſtar, y no reſpondio palabra, y luego no dezia coſa con concierto, y que Don Diego de Baños Relator de la dicha Chancilleria, les auia dicho, q̃ no hazian biẽ en diſponer, que teſtaſſe en aquella forma, porque mas era ſugeſtion, que voluntad deliberada; y conuienen los teſtigos en q̃ a las preguntas, reſpõdia, como eco la vltima palabra deſnuda, y que diziendole, que quien queria que fueſſe ſu heredero, reſpondio, *que el Padre*, dando a entender, que el P. Prouincial que le interrogaua y deſpues perſuadiẽdole, ſi queria dexar por ſu heredera, a ſu alma no auia reſpondido nada, y replicandole lo miſmo, auia dicho: *mi alma*, y que vn criado auia dicho a los circunſtantes, que miraſſen que tenia hermanas, a vozes, y preguntandole, ſi queria dexar a ſus hermanas por herederas, auia reſpondido, *Hermanas* cõfuſamẽte, ſin afirmar, ni negar, y otros teſtigos dizen, q̃ auia reſpondido: Si, dos. Y que ſe le auia replicado, quiẽ ſon eſtas? que tambien auia reſpõdido, *Hermanas*. Y tambien dizen, que preguntandole vn criado, que ſi vna eſclaua que tenia la queria dexar libre, auia reſpondido, *libre*, ſin dezir otra ninguna razon vnida de voluntad, como ſe requeria para hazer teſtamẽto, y deponen de mas de las dichas circunſtancias los teſtigos, por auerſe hallado preſentes, que no eſtaua en ſu juyzio, ni razon el dicho ſeñor Oydor, y conuienen los vnos, y los otros teſtigos en muchas de las dichas palabras, y en que eſtaua moribundo, conuienen todos, y ſe articulò por el P. Prouincial, y que eſtaua entonces muy al cabo. De que reſulta no auer tenido razon, ni ſentido el dicho ſeñor Oydor en dicho tiempo, y no ſe puede juzgar en los dichos autos, ſin leer las dichas depoſiciones, pues por ellas ſe concluye no auer teſtado.

Lo primero, porque demas de lo dicho, y que don Alonſo de Lugares, teſtigo preſentado por el dicho D. Lucas, dize a fojas 148. que fue Eſcriuano donde eſtaua el dicho ſeñor Oydor tan agrauado, y auiendo ido, y no ordenado ſu teſtamento, bien ſe reco-

reconoce que estaua incapaz de hazerlo, y mas atendiendose, q̃ testamentum est iuxta sententia de eo, quòd quis post mortem suam fieri voluit *leg. 1. ff. de testam.* y es ponderacion auerlo definido por la palabra sentencia, porque no ay otra, que requiera mas deliberada, y desembaraçada razon, pues de qualquiera suerte significa acto de determinaciõ de juyzio, como todos los que hablan de su significacion la explican. Assi la entendio Pardulpho Prateo en su Lexicon iur. por acto de entendimiento cõ determinacion, mejor Paulo en la *ley qualem 19. ff. de arbitr. Sententiam (inquit) dicere existimatur is, qui ea mente id pronunciat, vt secundùm hoc discedere eos, qui litigant à tota controuersia velit.* En que essencialmente ha de auer afirmacion, o negacion expressa articulada de razon, para cumplir con la *ley 2. ff. de testam. In eo, qui testatur eius temporis, quo testamentum facit integritas mentis, &c. l. Furiorum, C. qui test. fac.* Y no auiendo afirmacion, o negacion determinada de su voluntad del testador, que esso es hablar articulado, no puede auer institution, ni nominacion de heredero. Comprehendio esta essencial substancia requisita, para el testamento la *ley iubemus, C. de testamentis,* ibi: *Iubemus omninò testatorem si vires habeat ad scribendum, nomen hæredis, vel hæredũ in sua subscriptione, vel in quacumque parte testamenti ponere, vt sit manifestum, secundùm illius voluntatem hæreditatem esse transmissam.* Hasta aqui el testamento inscriptis, o por mejor dezir institucion de heredero escrita. *Sin autem morbi accruitate, vel literarum imperitia hoc facere minimè potuerit, testibus testamenti præsentibus nomen, vel nomina hæredis, vel hæredum ab eo nuncupari, &c. Si enim est talis testator, qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur.* Luego si el dicho señor Oydor, ni de su motiuo, ni respondiendo pronunciò cosa articulada, ni nõbrò afirmando, o instituyendo herederos, es la conclusion euidẽte, que no pudo testar. Assi lo siente el Cardenal Mantica, que trata la question doctamente, *lib. 2. de coniect. vlt. volunt. lib. 2. tit. 6. num. 5.* ibi *Cum constitutus in articulo mortis non loquitur articulatè concludendum est, quòd si ad propositam tantum interrogationem respondit, sic, non præsumatur compos mentis fuisse si illico decesserit, & nõ præsumitur animũ testandi habuisse nam graui morbo afflictus videtur potius, ita respõdisse vt se à molestia liberaret, quã quòd voluerit de suis bonis disponere.* Y tambien afirma, que si los testigos en semejante caso

repug-

repugnaré,se ha de creer mas a los que afirman, que no estaua en su sentido, ibi: *Quòd si testes interrogati an testator fuerit sanæ mẽtis cum in articulo mortis fecit testamentum inuicem sint repugnantes, in dubio magis credendum est ijs, qui dicunt non fuisse sanæ mentis, quia quod est verisimilius deponunt.* Como de cosa mas facil de aprehenderse por las acciones exteriores. Matthæo de Afflictis *cons*. 143. Socin. iunior *cons*. 144. *Bald. in d. leg. furiosum, C. qui testa. facer.* Crauet. *cons*. 670. Paulus Castr. en la *ley hac consultissima, §. at cum Romana, num. 2.* Ruinio *cons. 8. num. 15*. Y no se pueden omitir las palabras de Iulio Claro, en el *lib. 3. de sus sentẽcias,* en el *§ testamentum,* en la *question 37. numer. 6, Modo testator ipse non sit adeò oppressus morte, quòd articulatè loqui nõ possit, sed habeat adhuc bonam sensum, & bonum memoriam, aliâs secus.* Y luego dize, que no ha de ser persona sospechosa, o interessada, la que preguntare, y en el *num. 4.* ibi: *Mihi (vt verum fatear) numquam placuit quia negari non potest, quin eam tenendo sit aperta via fraudibus, & aliquando dicebam maximẽ è Republica futurum, si Cæsarea constitutione caueretur ne huiusmodi testamẽtis, quæ ab infirmis ad alterius interrogationem conficiuntur, aliqua fides adhiberetur nisi testator saltem per tres dies in bono sensu post tale testamentum conditum superuixisset.* Lo segundo, se considera la nulidad del dicho testamento, por no hallarse en èl expression afirmatiua de los herederos, por no auer respondido mas palabras, que *Hermanas*, sin formal, y articulada institució, como deuia. Y aunque es disputa graue entre los Doctores, si bastàra que el testador responda a el que le pregunta, si quiere dexar a alguna persona por heredera, que diga, que si estando en su razon deliberada, que siempre se requiere; y si bastara, que sea notario el interrogante, o si no podra interrogar el inreressado, o persona sospechosa, como en el caso presenee, y que se ha de atender, que calidad es la del testador, si era docto, o literato, como lo trataron los dichos Doctores, y Matthæo de Afflictis *decis. 143. num. 3.* Corneus *conclus. 261. in lit. P.* Crauet. *cons. 117. num. 1.* Ioannes Dilectus de *Arte testandi, tit. 4. cautela 2. num. 1.* Baldo sobre la dicha *ley iubemus num. 6.* que no admite interrogacion, que no sea de Notario, por lo menos es preciso nombrar los herederos claramente, instituyẽdolos afirmatiuamente, o de su propria voluntad, y motiuo, o estando con intencion de testar, y razon deliberada, respondiendo enunciatiuamente los herederos, y sus nombres, o cognombres, o que

diga

diga concluyentemente quales, *leg. hæredes palàm in princip. ff. de testam. Hæredes palàm ita vt exaudiri possint nuncupādi sunt.* Optimè Menochio *lib. 4. præsump. 8. num. 6. & sequentib.* Luego si en el caso presente el dicho señor Doctor Dō Diego de Carrasquilla, no hablò palabra de su motiuo, sino respondiendo confusamente, sin formal institucion, ni afirmar cosa de substancia, pues no dixo mas palabras, que *Hermanas*, sin dezir, si las dexaua por herederas, faltando a la dicha *ley iubemus*, y a sus palabras *nomen, vel nomina hæredum nuncupari*, y que dista poco la palabra *Hermanas*, o *Hermanos*, y que lo mesmo sucediera, si la pregunta fuera de su hermano, porque la diccion *Hermanas*, no es nombre, ni cognombre proprio, ni apelatiuo, sino relatiuo de consanguinidad de hermanos; mayormente considerandose, que era hombre de gran talento y razon, que si quisiera testar, lo vuiera dado a entender, y mas auiendose hallado Escriuano presente, como lo dize el dicho testigo, y assi podemos dezir con Afflictis, en el lugar citado, ibi: *Et fratres carnales non instituit hæredes, & certa verba indiscreta continentur in dicto asserto testamento, quòd attenta qualitate dicti testatoris, qui fuit vir prudens, & Commissarius Regius, quòd ex his multi præsumpserunt dicere, quod dictus testator tunc nō fuit in recto sensu.* Que parece hablò en el caso presente con la prudēcia, dignidad y calidad del dicho señor Oydor, y palabras, y circunstancias referidas.

Siguio esta maxima Rodrigo Suarez en la primera *alleg. num.* 25. contra la glossa de la *ley iubemus*, fundando doctamente, que la expression del nombre de heredero, es essencial en su institució, y que la dicha ley, no solo la pone por forma essencial, sino que anula cō decreto irritante lo que de otra suerte se dispusiere por la fuerça de aquellas palabras. *Quòd si non fuerit obseruatū, & nomen hæredis non fuerit manu testatoris scriptum, vel verè coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minimè patimur.* Lo mismo sintieron Carolo Molineo *in consuet.* Paris. §. 93. Alexandro *cons. 33. lib. 3.* Alberico *in d. leg. iubemus asserens, repetitum videri responsum testatoris ad interrogationem*, Hyppolito *singu.* 449. Matienço en la *gloss.* 16. sobre la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Couarr. *cap. cum tibi, numer. 34. & finali*, y mejor que todos la *ley* 6. *tit.* 3. *part.* 6. ibi: *Ciertamente deue el facedor del testamento nombrar a aquel que quiere establecer per su heredero, diziendo, fulano quiero q̄ sea mi heredero.* Y abaxo. *Mas si vna palabra tan solamente se fa-*

llasse

llasse escrita en el testamento; como si dixesse el testador fulano, o si dixesse heredero, e no nombrasse quien, non valdria entonces el testamento, porque por tales palabras non podia tomar ome cierta sospecha, nin entendimiento verdadero del facedor del testamento, y esto es, *articulatè non loqui*. Como sucedio en el caso presente en que no vuo afirmacion, ni negacion, y fue nulo el dicho llamado testamento: y aunque por mucha diligencia del P. Prouincial Albacea, y por la suma pobreza del dicho D. Lucas, y poca defensa, que hizo por su parte en dar a entender los dichos autos, salio sentencia contraria, vuo gran dificultad antes de pronunciar el dicho auto, como se vee por las tres discordias, que precedieron entre los señores, en que tambien se contrauino a la ley del Reyno, que dispone, que passando la discordia por todas las Salas, se determine por los Abogados a quien su Magestad da igual jurisdicion en semejante caso de total discordia.

De donde sale bien la satisfacion a lo que se pretende de cõtrario, diziendo. que el dicho testamento es exequible, y la pretension desta otra parte es ordinaria, porque demas de que quando vuiera testamẽto, que no lo ay, se ha variado el caso por la muerte de las dichas hermanas del señor Oydor, con que ha de preceder siempre a la pretension de la parte contraria conocimiẽto de causa en la transmission que sin fundamento pretende. Y quando lo dicho no fuera tan euidente, hablando cerca de la execucion de testamentos en comun, ay gran diferencia del testamento, hecho ante el Escriuano a el nuncupatiuo sin Escriuano. Del primero habla la ley final, *C. de edicto Diui Adria. tollendo.* Como lo dize Parlador. *rer. quotid. cap. finali, 1. part. 1. §. 9. in princip.* pues dize la *ley Non cancellatum, neque abolitum, &c.* Porq̃ esso viene a tener lo mismo, que vn instrumento que trae parada execuciõ: y en el nuncupatiuo hecho sin Escriuano, corre diferente razon, pues para declararse por el Juez, han de preceder las diligencias que el derecho dispone; y de su declaracion, como de qualquier sentencia se podra apelar, mayormente oponiendose alguna de las nulidades, que suelen impedir, no solo vna sentencia, sino tres, y assi no podra tener execucion, quando la excepcion de nulidad consta, o se ofrece prouar incontinenti, como es comun doctrina de los Doctores citados. Y tambien se considera, que el testamento hecho ante Escriuano, a quiẽ assiste la presunciõ legal de credito, ha de ser de tal calidad, que de ninguna

suerte

suerte se le pueda oponer a la substancia del defecto conocido, ibi: *Sed quòd prima sui figura sine vituperatione appareat*, porque si del mismo se reconoce la nulidad, no se le deue execucion, y en esto se deuio de fundar, sin duda, el señor Gregorio Lopez, en la *ley 1. gloss. 9. tit. 1. part. 6.* dicens. *Quôd quando non internenit tabellio, erit necessaria publicatio testamenti coram iudice, & attestationes testium partibus, quæ possent lædi citatis.* Porque de no citar a los interessados, se les siguiera grande perjuyzio.

§. 3.

De transmisione hæreditatis, & de hæreditate non transmissa, nec transferenda

Y Porque no se quede la justicia que defiendo en terminos de la nulidad de la llamada Executoria, y del reputado testamento, quando negado fuesse nuncupatiuo, no pudiera conseguir la herencia del dicho señor Oydor, la dicha D. Ana de Roxas, como instituyda por heredera por la dicha D. Clara de Carrasquilla, que fue la vltima que murio de las dichas dos hermanas del dicho señor Oydor, por derecho de transmision, o de deliberar, pues ni vno, ni otro remedio le compete a la susodicha.

Lo primero, porque semejante transmision no se concedia a persona estraña, ante aditam hæreditatem, conforme a la *ley 1. §. in nouissimo, C. de caduc. toll* ibi: *Hæreditatē nisi fuerit adita trāsmitti, nec veteres volebant, nec nos patimur, exceptis videlicèt liberorum personis.* Donde en primero grado se contienen los decendientes, que tuuieren derecho de suydad, pues aunque ignoren la herencia, se les transfiere su dominio, desde la muerte de quien procede, *leg. in suis, ff. de liberis, & posthum.* ibi: *In suis hæredibus euidentius apparet cōtinuationem dominij eò rem perducere, vt nulla videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam viuo patre domini existimantur.* Pero entrando la disposicion de la *ley cum in antiquioribus, C. de iur. delib.* dispuso, que ya que por no auer acetado el heredero estraño la herencia, no se

 trans-

transmitia, se transmitiesse por lo menos, el derecho de deliberar la dicha herencia, muriendo dentro del año, contado desde q̃ tuuo noticia, y sciencia de que auia sido instituido por heredero. Son sus palabras. *Et siquidem is qui sciens hæreditatem, vel abintestato, vel ex testamento sibi esse delatã deliberatione minimè petita intra annale tempus decesserit, &c.* Luego sino tuuieron noticia las dichas hermanas del dicho señor Oydor de su herécia, como se reconoce por el testamento de ambas, y del vltimo de la dicha doña Clara, y no tuuieron, ni entraron en tiempo de deliberar, porque fallecieron sin noticia, no se le puede conceder a la dicha doña Ana de Roxas la transmission de la dicha herencia, ni el derecho de deliberarla. Pues tampoco tuuieron derecho de suydad las dichas hermanas del dicho señor Oydor, ni ex capite sanguinis le tuuieró, que se concede solamente a los demas descendientes, cóforme a la *ley 1.C. de his, qui ante apert. tab.* con q̃ de ningun titulo se les deue cóceder la dicha transmissió a la dicha D. Ana de Roxas, no oluidandonos de la *ley quoniam sororem, d. tit. C. de iur. deliberandi*, que es a proposito del caso presente.

Y para prueua de que no pueda començar el derecho de deliberar, sino a tempore notitiæ, es forçoso estar en la propriedad del termino, Deliberació, porque como depende ex *indifferentia voluntatis circa terminum deliberandum*, es vna meditacion del animo, que supone libertad de arbitrio, *circa obiectum*, y sin sciencia del objecto, no puede començar la deliberacion, y consiguientemente, no se pudo transmitir derecho de deliberar, segũ la doctrina comun, y de Anton. Gomez *lib. 1. variar. cap. 9. num. 52.* vers. *2. Intellige.* El señor Gregor. Lopez en la *ley 2. titul. 6. part. 7.* Matienç. *in leg. 1. glos. 17. tit. 4. lib. 5. Recopil. num. 19.* ibi: *Nisi hæres, sciat hæreditatem sibi delatam, secus si hoc ignorabat, quoniam tunc non transmittit,* Manuel Costa *in cap. si pater, 1. part. num. 23.* Bartolus *in d. leg. cum in antiq. num. 2.* Guillerm. Benedict. *in cap. Raynutius, verbo, Mortuo itaque in secundo, num. 164.* vers. *Præterea,* Linglois *desit. 25. quæst. 3. num. 3.* vers. *Neque etiam spirat, &* ait Bartolus en el lugar citado. *Si loquimur in extraneo siquidem decessit ignorans ius adeundi, nõ transmittit, si decessit sciens, trãsmittit ius deliberandi intra annum per hanc constitutionem, vndè super his sis cautus quando facias scribi additionem ex virtute istius iuris deliberandi, quòd tu narres quomodo defunctus sciuit talem hæreditatẽ sibi forè delatam, & merito istud probetur, aliàs suc-*

cum-

cumbes. Philippus Corneus *d. leg. cum in antiqui. num. 2.* Cancer. *tom. 3. var. cap. 21. num. 17. & 18.* Alexander *in d. leg. nu. 5.* Azon *in sum. d. tit. C. de iur. deliber. num. 12. & 13. & alij plures*, quos referunt citati, y otros muchos citados, y seguidos por el señor D. Ioseph Vela *dissert. 6. Hispal. num. 110.* De donde sale la conclusion, q̃ no auiendo tenido noticia las dichas hermanas de la herencia de su hermano, pues se reconoce por sus testamentos, que no la tuuieron, no se puede pretender por sus cabeças, transmission de la dicha llamada herencia, ni del derecho de deliberarla a la dicha D. Ana de Roxas.

§. 4.

De clausula generali prætoris, & dispositione legis Pannonius, de acquirenda hæreditate.

PERO ya nos llama a su satisfacion para darsela el remedio de la restitucion, que dizen, ex clausula generali, vltima de la *ley 1. ff. ex quibus caus. maior. Item, si qua mihi iusta causa esse videbitur in integrum restituam, quòd eius per leges plebiscita Senatus Consulta edicta decreta principum licebit.* En que se pretende por parte de la dicha D. Ana de Roxas, restitucion cõtra la ignorancia, que tuuieron las hermanas del señor Oydor, de q̃ estauan reputadas por sus herederas, para que se le pueda transmitir el derecho de deliberar, que podian tener cerca de la dicha herencia, sino la vuieran ignorado. Y como si vuieran tenido noticia de ella. O por el remedio de la *ley Pannonius, de acquirend. hæreditate*, o de la *ley Vnica, C. de restit. mil.* o por el argumento de la *ley, si minor, §. non solum, ff. de minoribus.*

A lo qual se responde, suponiẽdo primero, que se inuentaron diferentes remedios ordinarios, y extraordinarios, para euitar, q̃ las herencias no se reduxessen, in causam caduci, por falta de heredero, como son las substituciones, y fideicõmissos, y las transmisiones, por excluir el riesgo, de que por causa de caduca, la herencia se difiriesse al Fisco. Assi lo muestra la *ley 1. C. eo tit. Ita & a nobis circa caducorum obseruationem inuidiosum suum amit-*

tat

tat rigorem, qui & ipsis prudentissimis viris displicuit inuenientibus vias, per quas caducum non fieret, sed & ipsis testamentorum conditoribus grauissima caducorum obseruatio visa est, vt & substitutiones introducerent ne caduca, &c. Y quando no ay este riesgo de caduco, y de fisco, como en el caso presente, que se hallan sobrinos carnales; no se deuen buscar remedios extrauagantes impropios de restitucion, o de inhumanidad, por mejor dezir, quādo fuera summo rigor concederla contra consanguineos tan llegados, pobres, y calificados.

Considerase lo segundo, que semejante restitucion, o sea irregular, o de la clausula general, es fingida, è impropria, y exorbitāte de los principios de derecho, como lo aduierte Antonio Gomez en el lugar citado, *num. vltimo*, diziendo: *Quia fingitur læsio in ipsa morte non adeuntis, & ex ipsa petitur restitutio* (aunque habla en el menor) y siendo cierto y Real y notorio y legal el derecho de los sobrinos abintestato, no puede ser justicia, equidad, ni humanidad, conceder vn impropio modo de transmision, o de restitucion del derecho de deliberar a vn estraño, fingiendo restitucion, como posible a la dicha doña Ana de Roxas; por la que se finge le podia competir a D. Clara, por si, y por la que le podia competir a D. Victoria, que murio primero, en la herecia de su hermano, excluyendo tan claro, assentado, y fundado derecho de sus sobrinos a quien pertenece.

Pruenase la mayor, de que sea ficticia semejante restitucion, por ser contra la essencia de la mesma restitucion, que presupone derecho adquirido, y lesion, y perdida de el, en el sujeto que pretende la restitucion, como lo da a entender Paulo, en la *ley, quôd si minor, §. restitutio, ff. de minoribus*, ibi: *Restitutio ita facienda est, vt vnusquisque integrum ius suum recipiat.* En que se contienen persona dānificada, y que perdio algun derecho, y se pretende restituir a el estado que tenia, antes que le sucediesse el daño, como lo significa la palabra *ius suum*, y por las siguientes de la misma *ley, la lesion, o perdida*, del mismo derecho. Luego, si en este caso, faltando la sciencia de la herencia, no se adquirio la herencia, ni entraron en el derecho de deliberar las reputadas por herederas; consiguientemente no tuuierō lesion, ni perdida, y la restituciō que por sus personas se pide, es ficticia, y sin fundamento, alomenos regulandola dentro de los principios de derecho, que la excluyen de la propria essencia de la restitucion: y si en las dos leyes

fauore

Fauore absentis Reipublicæ. Se concedio como por premio impropriamente, no se ha de traer de casos especiales, y tan diferentes, la consequencia a el presente, donde corrè razones tan distintas, y assi se le deue denegar a la dicha D. Ana de Roxas, conforme a la regla de derecho. *Quæ à iure communi exorbitant, nequaquam sunt ad consequentiam trahenda.* Y menos en perjuicio de los herederos legitimos abintestato, por quien es esta defensa.

Lo tercero, que se considera es, que en la clausula de la dicha ley 1. no ay fundamento para concederle a la parte contraria la restitucion, que expressamente por ella pide, y menos lo ay para entregarle la dicha cantidad, porque si el Pretor dize, que si se ofreciere otra justa causa restituyrà como antes de examinar si es justa causa, o no se le puede conceder lo que es consecutiuo? y despues de la dicha restitucion, y por el contrario estando tã descubierto el derecho desta parte, se le ha de entregar dicha cantidad, pues no se sigue medio de restitucion, sino de derecho ordinario, y legal. Porque examinando la clausula, està excluyda la parte contraria de su beneficio por la mesma intencion del Pretor, que no promete la restitucion de gracia, ni exorbitante, ni de potẽcia absoluta, o poderio Real, o Imperial, sino con justicia, assi lo denota en la palabra, *videbitur*, porque como era Iuez solamente, no la podia conceder sin justa causa, y dize: *Quod eius per leges plebis sita Senatus Consulta, &c.* Regulãdo su arbitrio por las leyes, como recto Pretor, de que resulta, que por ella no se puede intentar restitucion, por fingida lesion, como la intenta la dicha D. Ana de Roxas, y menos considerado el perjuicio de los que tienen derecho Real y verdadero, y que la palabra *videbitur*, sea de regulado arbitrio, embiando otros muchos textos, la prueua la *ley fideicõmissa, §. Quãquã de legat. 3. Si ita scriptũ fuerit si fueris arbitratus, si putaueris, si stimaueris, si vtile tibi fuerit visum, vel videbitur, debebitur, non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono fideicommissum relictum.* Casi lo mismo dixo Vlpiano en la *ley si sic legatum 75. ff. de legat.* 1. Decio *cõs.* 493. *num.* 19. Andræas *ab Æxea cap.* 11. *nu.* 417. *de constitutus*, y es comun sentencia, como lo refiere Menoch. *de arbitr. libr.* 1 *quæst.* 8. *num.* 1. Y es en tanto grado la palabra *videbitur*, de sentencias, o de pronunciar lo justo, que por ella entendio Ciceron en el *lib.* 2. de sus Academicas questiones. El mas ajustado parecer, y mas acertada determinacion. *Quam rationem* (inquit) *Maiorum etiam*

com-

comprobat diligentia, qui primum iurare, &c. Quæque iurati iudices cognouissent, ut ea nõ esse facta, sed ut videri pronunciassent. Luego la causa del Pretor no es tan general, y acomodada a todos casos, pues tiene obligacion el señor Pretor viuo a examinar, si demas de las causas expressadas, a que se deue restitucion, se propone otra justa, para concederle, que no lo puede ser en este caso por todas las razones dichas, y principios, y leyes de la misma essencia de la restitucion, que la impugnan, y con mas fuerte razon, considerando, que si las hermanas del dicho señor Oydor, entendieron ser herederas de su hermano, en hazienda tan considerable, no dexàran por heredera de ella a la dicha D. Ana de Roxas, porque en la poca hazienda que tenian, no le vinieron a dexar por la vltima disposicion, haziẽda de importancia, sino auiẽdo legado las possessiones a Conuentos, en el remaniente la dexò por heredera a la parte cõtraria, la dicha doña Clara, con q̃ diesse la quarta parte a vn barbero de Cordoua, que se cõcertò por mil reales, que en tã poco se estimaua la herencia, y si vuieran adquirido las dichas hermanas semejante herencia de su hermano, no la dexàran a la dicha doña Ana de Roxas, sino a sus parientes, sobrinos, que entonces juzgaron quedauan acomodados cõ el amparo del dicho señor Oydor, no sabiendo que era muerto, y si lo supieran, testàran de otra suerte.

El quarto fundamento contra la dicha restitucion, es considerar, que si se concediesse siempre. y en el caso presente, se excluyeran todas las dichas sucessiones, o modos de heredar, *ex capit. suitatis, & sanguinis & iure deliberandi*; pues auia el remedio de la restituciõ, *ex læsione ficta,* para que no fuessen necessarios los otros, y cessàra la question de la *ley infanti, C. de iure deliberand.* y las demas que fueran vanas, y sin fruto en las lineas de las herencias, pues todo se desuaneciera, fingiẽdo vna lesion en la muerte del instituydo ignorante de la herencia, y se concediera generalmente, sin que en ninguna ocasion fuesse de fruto otro derecho.

Confirmase esta doctrina, porque solo se deue seguir el derecho ciuil, por natural equidad, conforme a la primera *ley de Toro,* y no teniendo definida la dicha restitucion irregular de la *ley Pannonius,* por el derecho Real, no es conforme a derecho hazer consequencia tan desigual de la dicha ley exorbitante, y omitir la *ley 2. tit. 6. part. 6.* queda la forma de suceder, y de transmitirse la he-

la herencia, *ex capite sanguinis*, en aquellas palabras. *E si por auẽtura alguno de los herederos muriessen antes que se cumpliesse el plazo, que les era puesto aquel tiempo, que le fincaba despues de su muerte deuelo auer su heredero, para concejarse, pero si muriesse despues del plazo, antes que se otorgasse por heredero, si este atal era estraño, el su heredero no aura derecho ninguno en la herencia, sobre que el finado auia tomado plazo para consejarse, mas si aquel que finò descendiere de la linea derecha, &c.* Luego à fortiori, menos derecho dexarà, o ninguno, no auiendo entrado en tiempo de deliberar la herencia, segun los principios dichos, y se siguiera de lo cõtrario, que no eran menester las dichas lineas de suceder, que pone la dicha la ley, y demas de las partidas; luego se deue negar la dicha restitucion ficticia, pues quando en terminos del mesmo derecho ciuil, la *ley Cum antiquioribus, C. de iure deliber.* es mas moderna, y excluye de la transmission à las demas, que no pudieren dentro del tiempo del año contado, desde que tuuieron la sciencia, diziendo: *Cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur.* Y si por vna y otra ley, esta excluyda la dicha D. Ana de Roxas de la dicha herencia, no puede ser admitida a ella, por tal restituciõ contraria a las dichas leyes, conforme a la regla 84. del 6. *Cum quid vna via prohibetur alicui ad id alia non debet admitti.*

Lo quarto se satisfaze a la dicha *ley Pannonius*, demas de ser mas antigua, que la del Codigo con el mesmo caso de ella, porque el Iurisconsulto Papiniano, se hallò embaraçado con la restitucion, que pedian los herederos de Pannonio Auito, q̃ por auer muerto, ignorando cierta herencia, pedian los dichos sus herederos por la persona de Auito, restitucion de la dicha herẽcia, q̃ no auia cõncido, ni adquirido. Pareciole a Papiniano, q̃ no les cõpetia cõforme a derecho la restituciõ, sin duda, porque no auia fundamento en que estriuasse; y mouido de que el Emperador Diuo Pio, como refiere Mesiano en su libro de questiones, auia determinado en contra con vno ausente, por causa de Legacia en Roma, y que el hijo, que por ausente auia perdido la possession de los bienes de su madre, tenia restitucion, determinò lo mismo en la herencia del dicho Pannonio *ex humanitate*, como parece del texto de la dicha ley, que no tiene poca dificultad, porque el Iurisconsulto saca la conclusion a diferente caso de los exemplos referidos por Mesiano. Pues el primero es, por ausencia de la Republica, por dezir, *Causa legationis Romæ erat.* Y no dize, que caso fuesse,

fuesse, ni se expressa, que genero de restitucion se le cõcedio, o de que calidad, o porque causa, y al fin no ay palabra de que se presuma quanto menos se infiera, que fuesse la restitu cion concedida aduersus ignorantiam, de alguna heren cia en que podia ser instituydo. Y el segundo caso del hijo que perdio por ausente la possession de los bienes de la madre, es muy distinto del de Pannonio Auito, porque en los hijos, y descendientes, se considera el derecho sanguinis, conforme a la dicha ley de Partida, y *ley primera, C. de his qui ante apertas tabulas*, a quien no era menester adicion de herencia, y assi no sale bien la conclusion de casos semejantes, para conceder la restituciõ a los herederos del dicho Pannonio, con que le fue forçoso estender mucho la gracia, y humanidad, por premio de la [tu]herencia de la Republica, por quien era procurador en cilicia, para concederle la dicha restitucion, y en el caso de Pannonio no se ajusta, que no le competia la restitucion a sus herederos, stricto iure, como dize el texto, porque tuuo ignorancia de que auia sido instituydo Pannonio por heredero, sino que auia muerto, sin auer acetado, que esso dan a entender aquellas palabras; *Quæ stricto iure non competit, quia intra diem additionis Auitus obijsset*: A que podia justamente mouer el fauor de la Republica, y que por causa de su seruicio, y vtilidad, auia salido Pannonio de su patria, donde si estuuiera, vuiera adquirido la herencia en que auia sido instituydo, y con mayor razon en el hijo, de que resulta recompensarles justamente, no con stricta, y propria restitucion, sino como darles en premio la misma haziẽda, q̃ podian auer adquirido, sino se vuieran ausentado, por causa de la Republica, que entre otros priuilegios, tiene el de semejante satisfacion, como tambien se vè, haziendo presentes a todos los ocupados en seruicio de la vtilidad publica, en los Cabildos, Cõgregaciones, Iuntas, y partes dõde ganan sus frutos, y rentas, como sino estuuieran ausentes, como es notorio: luego si en el caso presente, no ay causa, ni se considera ausencia de Republica, no se le deue conceder semejante priuilegio de restitucion a la parte contraria.

Y vltimamente, sobre este punto, no puedo oluidar la doctrina de Baldo en la *ley non pro numero, num. 3. C. ad Orficianum*. Dõde doctamente, y conforme a su talento, y a el arbitrio regulado a las leyes (que en no conceder semejantes remedios, se deue atẽder:) afirma, que deue mouer a el Iuez para denegar, la dicha restitu-

titucion, el respeto, y calidades de las personas contra quiẽ se pide. *Etenim respectus personarum singularem in integrũ restitutionis æquitatem excluderet.* Lo mismo sintio Pedro de Ancharrano, teniendo consideraciõ a las personas pobres cõtra quiẽ se pidiesse la dicha restituciõ irregular, para denegarla en el consejo 352. *nu.* 1. vers. *Preterea*, y con mucha elegãcia, el docto Manuel de Costa, citado en el *cap. Si pater*, 1. *part. num.* 28. ibi: *Ergo si aliquando hæc restitutio conceditur non secundũm stricti iuris rationem, sed ex singulari quadam humanitate* (habla de la *ley Pannonius*) *intelligendum est.* Y esta es la mesma conclusion de la ley, afirmando todos los Doctores, que la han entendido assi, no que se deue siempre la dicha restitucion, sino que alguna vez se puede intentar, y concederse ex humanitate, porque si siẽpre se deuiera cõceder, se concediera stricto iure. Luego si por humanidad, y no por derecho, pretende la parte cõtraria semejante restitucion, y respeto de los sobrinos carnales del dicho señor Oydor, la dicha restitucion fuera in humanidad, no se deue conceder tan contra derecho, quando negado vuiera testado el dicho señor Oydor, haziendo perjuicio a sus sobrinos, q̃ por tantos derechos se les deue su herẽcia, prosiguiẽdo el dicho Manuel de Costa en el lugar citado. *Quod quãtum singularitate distant vulgares in integrum restitutiones à iuris communis vigore, tantũ propẽmodum à singularibus in integrũ restitutionibus singularitate distat, hæc vna in integrũ restitutio, quo circa non abhorret affirmare, quod respectus personarum possit mouere iudices ne humaniorem cæteris omnibus restitutionem inhumanè concedant.* Con que no se pueden dessear, ni adelantar en nuestro caso palabras mas ajustadas, ni de mayor elegancia.

Agora resulta satisfazer a la obligacion del señor Fiscal, q̃ parece que se formarà desta suerte.

§. 5.

De iure accrescendi, & an concedatur animæ.

SI Por los fundamentos propuestos, no se concede transmission a la dicha doña Ana de Roxas, ni de la dicha herencia, ni del derecho de deliberarla, porq̃ no llegaron a tener vno, ni otro,

las hermanas del señor Oydor, ni se le puede conceder restituciõ, ex clausula generali, nec ex irregulari, por las razones referidas, se vendran a reduzir las dos porciones de la dicha herencia, a el derecho de acrecerlas a la parte q̃ le podia tocar a el alma del dicho señor Oydor, suponiendo que la auia instituido por heredera juntamẽte con sus dos hermanas, cõforme a la *ley vnica, C. quã non peten. par. & leg. re coniuncti, ff. de leg. 3. leg. vnica, §. vbi autem, C. de caduc. toll. §. si eadem instit. de legatis,* Antonius Gomez *var. cap. 10. lib. 1. leg. 14. tit. 3. part. 6.* Mantic. *cum pluribus relatis lib. de coniect. 4. tit. 12. à num. 4.* Manuel Cardoso *in suo tract. speciali de iure accrescendi, & alij quamplures quos omitto.*

Y lo primero, en que perece fundarse semejante pretension es, por argumento de que si vale el derecho de acrecer entre los coherederos viuos, en lo temporal, mejor se ha de conceder a las almas en lo espiritual: *Quia anima cunctis rebus præferenda est, ex leg. sancimus, C. de Sacrosanct. Eccles. cap. cum infirmitas, de pœnitent. & remissio. cap. præcipimus in princip. 12. quæst. 1.* Luego mejor se le ha de conceder derecho de acrecer a el alma, que no a los coherederos viuos.

Lo segundo, y porque se puede conceder semejante derecho de acrecer es, porque no quede el dicho señor Oydor, en parte testado, y en parte intestado, y se contrauiniera a la regla de derecho, ius nostrum non patitur, *tit. de reg. iur. ciuil.* Luego por euitar este inconueniẽte, se le deue a su alma conceder el dicho derecho de acrecer.

La primera razon con que se responde a la dificultad es, negar el supuesto, de que testasse el dicho señor Oydor, ni dexasse a su alma por heredera, ni a sus hermanas, por todas las razones de nulidad euidente, y notoria, que quedan propuestas para conocimiẽto claro, de que no pudo testar, ni estaua en su libre voluntad, y razon, al tiempo que se quiere suponer auer otorgado nũcupatiuo testamento.

Mas passando al supuesto negado, de que vuiesse testado, no se podia considerar el derecho de acrecer a el alma, por no ser capaz de adquirir de nueuo bienes, ni herencia, ni despues de su vltima voluntad puede mas disponer, ni gozar hazienda, y solo podra conseguir lo que vuiere determinado en su vida, por modo de sufragio, o el merito de las obras pias, que por la alma se vuieren determinado, por modo de execucion de vltima voluntad,

con-

conforme a la *ley 1. C. de Sacrosanct. Eccles.* ibi: *Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quàm vt supremæ voluntatis postquam iam aliud velle, non possunt, liber sit stilus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.* Y no siendo el alma del difunto capaz de disponer, ni de adquirir, ni de aceptar, o repudiar, o deliberar, como se requiere en el adquirente, no se le puede acrecer la herencia de sus mismos bienes, y solo por modo de execucion de su vltima voluntad, gozarà de los sufragios, o meritos de las obras pias, que por ella se vuieren determinado en testamento, y no por institucion formal, y rigorosa de heredera.

Confirmase el dicho fundamento, en quanto a no ser capaz de adquirir derecho de acrecer al alma, porque ninguno es capaz de herencia despues de muerto; pues si fuera capaz la alma despues de la muerte de su indiuiduo, se continuàran en ella las instituciones, que se vuieran hecho a su compuesto viuo, lo qual no puede ser luego, no ay derecho de acrecer a el alma. La mayor es cierta, por la *ley 4. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur,* vbi ait Vlpianus. *Si eo tempore quo alicui legatum adscribebatur in rebus humanis, non erat pro non scripto hoc habebitur.* Y la *ley totiens, ff. de acquir. hæred.* ibi: *Quotiens acquirere sibi prosit nam si mortuus esset ad hæredem, non transfert, &c.* Concuerda tambien la *ley 1. §. Ea etenim, C. de caduc. toll.* Luego se sigue la conclusion cierta.

Prueuase asimismo, que la alma no es propriamẽte heredera, porque discurriendo por todos los titulos del derecho, *de hæredibus instituendi, de acquirenda hæreditate.* Y por los correspondientes del derecho Real, y por los Doctores, que sobre ellos han escrito, no ay determinacion que disponga, que vno dexe a su alma por heredera propriamente, y menos que determine indiuidualmente el dicho derecho de acrecer a la alma, ni tal se ha practicado. Lo primero se ajusta, por la mesma essencia de la institucion de herencia, porque siendo esta sucession de persona viua, instituyda en los bienes de la que passa de esta vida humana a la otra. Heredero, y difunto son correlatiuos, y sujetos distintos, con que propriamente no puede ser la alma heredera de su compuesto, pues no es propria sucession, sino lato modo sumpta, atendiendo a la regla de derecho, que dize. *Hæreditas est successio in vniuersum ius, quod testator habuit tempore*

mor-

mortis. Y supone distincion entre heredero, y difunto, assi lo enseña la *ley 1. tit. 3. part. 6.* diziendo: *Hæredem instituere, en Latin tanto quiere dezir, como establecer vn ome a otro por su heredero, de manera, que finque señor despues de su muerte de lo suyo, o de alguna partida dello, en lugar de aquel que le establecio*: Y en todo el dicho titulo de instituciones, n opone entre los que pueden ser instituydos la alma del testador. Y la *ley 20.* dize: *Establesco por mis heredero s a los pobres de tal Ciudad, o de tal Villa, o mando por mi anima, que sean dados todos mis bienes a pobres*. Y la *ley 11.* del mismo titulo. *E mando tantos marauedis, è tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima.* Con que no es propria y essencial institucion, sino expressar su voluntad, por obra de piedad, para que consiga su alma el merito, mediante ella, con que se dà solucion al primero fundamento, distinguiendo, que por derecho de acrecer, pertenecen las partes no adquiridas por los coherederos en terminos habiles, y capazes ygualmente de adquirir; pero no entre los no capazes, y donde alguno no es ya sujeto humano, sino difunto, porque a este no se le deue acrecer a su alma la parte que no llegò a adquirir el que fue instituydo en el mismo testamento, sino vendra a los herederos del testador, que auian de suceder sino vuiesse testado: porque las herencias se instituyeron, para conseruacion de los q̃ quedan, como se reconoce por tantos principios de derecho, y por la dicha *ley 1. tit. 3. part. 6.* que lo dize expressamente.

Al segundo fundamento se satisfaze, con que por el derecho Real, puede vno quedar testado en parte, y en parte intestado, y assi no nos embaraça la regla, *ius nostrum, de reg. iur.* conforme a la *ley 1. tit. 4. lib. 5. Recopil.* y resolucion de Matienço, en ella *gloss. 14.* las palabras de la ley son claras: *Mandamos, que el testamento, que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto a las mandas, y otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho, y costumbre de la tierra auia de heredar, en caso que el testador no hiziera testamento: y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en el se contienen.* Y luego Matienço dize en el lugar citado, *num. 4. Hodie autem iure Regio etiam si hæreditas ab hærede instituto non adeatur, non desinit valere testamentum in omnibus in eo contentis, quæ soluere*

uere, & executioni mandare tenetur hæres legitimus, qui censetur etiam vocatus in defectum hæredum in testamento scriptorum. Con que se excluye el derecho de acrecer de la parte, que no adquirio el heredero escrito a la alma del señor Oydor, porque por la dicha ley son llamados por ella sus sobrinos carnales, quando negado vuiesse otorgado testamento.

Tambien fortifica la dicha resolucion, la disposicion de la ley 14. del dicho *tit. 3. part.6.* que està derogada por la dicha *ley 1. tit.4.lib.5.Recopil.* porque en la dicha *ley 14.* sele concedia derecho de acrecer a la persona, que fuesse instituida en cosa cierta, que venia a ser legatario, en caso que no se vuiesse nombrado heredero, por el testador, acreciendosele la herencia, por razon de legatario en cierta cosa de ella, en que auia sido nombrado, y por la disposicion de la dicha *ley 1.* se practica lo contrario, pues se obserua el testamento, en quanto a las mandas, y legados, y sino se nombrò heredero, o el nombrado no lo llegò a ser, llama la dicha ley a los herederos, legitimos por sangre, embaraçando el derecho de acrecer a los legatarios, que ayuda mucho a la razon de decidir en el caso presente.

Y porque el derecho de acrecer, que ha insinuado el señor Fiscal, solo se propone por argumento, o induccion, por no estar expressado en derecho, ni tener lugar por sus reglas, no puedo omitir vna solucion por argumento, y es en esta forma. Si la alma tuuiera derecho de acrecer, o pudiera ser instituyda immediatè, y propriamente por heredera, resultàra, que el instituydo por heredero, muriendo, retuuiera su alma la mesma herencia en que auia sido instituydo su compuesto, porque como afirman comunmente los Doctores, y particularmente Antonio Gomez. Mas poderoso es el vinculo de la institucion, que el de la substitucion, y este, que el derecho de acrecer, *text. in leg. 2. ff. Si duo, ff. de bonor. possess.* Luego si la alma tuuiera derecho de acrecer, mejor le tuuiera de retener la herencia, en que juntamente con su cuerpo auia sido instituyda, por ser mas fuerte el derecho de la institució, que el derecho de acrecer: sed sic est, que por auer muerto el que fue instituydo por heredero, no retiene su alma la herencia por ningun titulo. Luego menos le podra adquirir por derecho de acrecer. Luego la conclusion es euidente, que no se puede cōsiderar derecho de acrecer al alma. Prueuolo por otro medio. El derecho de acrecer se ajusta por la conjunció Real,

 o ver-

o verbal, en que quedan dos, o mas instituydos por herederos, sed sic est, que es mayor vnion, que las dichas, la de la alma con su cuerpo enel instituydo, y sin embargo por la muerte del instituido, no se le acrece a su alma la parte que no llegò a adquirir en su vida. Luego menos se le concederâ al alma la parte que no llegò a adquirir otro heredero distinto, que quedô instituydo con ella, como quasi su coheredero. Luego se ha de excluyr semejante derecho de acrecer.

Y si la voluntad del testador, es la que se executa en su haziẽda, quando no tuuieramos tantos fundamentos en fauor de los sobrinos del señor Oydor, por la presumpta no se desayuda su pretension, pues si preuiniera este caso, o se le preguntàra al dicho señor Oydor, que quien queria que obtuuiesse su herencia, claro està que auia de responder, que sus sobrinos, y no vna persona estraña instituyda por sus hermanas, sin noticia de q̃ auia muerto, como lo es la dicha D. Ana de Roxas. Mayormente considerandose en los dichos sobrinos, con ser calificados, ser pobres. Biẽ a proposito es el lugar del señor Cardenal Mantica *de coniect. vltim. lib. 10. tit. 3. num. 3.* dicentis: *Hæc tacita voluntas testatoris ex coniunctione colligitur, vt si vnius oculi pupilla claudatur, alterius oculi pupilla dilatetur, ita quando deficit vnus coniunctorum, alter locuplectetur.* Y caso no confessado, q̃ vuiesse testado el dicho señor Oydor en la dicha forma, pudiẽdo dexar toda su haziẽda en obras pias por su alma, y no dexarla siẽpre, se ha de entẽder, que auia de querer la gozassen sus hermanos, y sobrinos, a quien llama el derecho cognatos necessarios, como lo muestra la *ley 1. in fine, ff. de eo, qui pro tut.* Y en tanto grado, que la liberalidad, o caridad, que se vsa con los deudos, se juzga como debito, por lo forçoso del afecto de la sangre, que està bien expressado en la *ley vlt. ff. de iustit. & iure.* Donde dize el Iurisconsulto. *Nonnunquam ius pro necessitate dicimus, veluti est mihi ius cognationis, vel affinitatis.* Y assi se ha de entender respondiera por sus sobrinos el señor Oydor, por quien aun para mayor premio de su alma estarà siempre mejor empleada su haziẽda, como lo pondera Tiraquelo, seguido por Mascardo, *conclus. 1177. num. 9.* y mejor el *capit. Est probanda 86. distinct.* ibi: *Melius est enim, vt ipse subuenias tuis, quibus pudor est ab alijs sumptum deposcere, aut alicui postulare subsidium necessitati.*

Y vltimamente, no auiendo justa causa de concederle la restitu-

titució, que pide a doña Ana de Roxas, porque ni vuo testamento, y quando negado lo vuiera, fuera inhumanidad concederse semejante remedio exorbitante del Derecho. Y si en la palabra *videbitur*, se significa arbitrio regulado a las leyes, y por todos los propuestos fundamentos, se reconoce por mas fundada la justicia de los dichos sobrinos del señor Oydor, y esta Real Audiencia es Tribunal competente de la adjudicacion de la dicha cantidad de dinero, remitida a esta Real Casa, de que procede su fuero competente, conforme a la ley de Partida, no pudiendose executar la dicha Executoria, por todas las nulidades notorias, que por sus autos consta, auiendose tambien mudado las circunstancias de todo, y del hecho de ella, se deue entregar, y adjudicar por V. S. la dicha cantidad a los dichos sobrinos del dicho señor Oydor difunto, dandose por su parte, si fuere necessario, la fiança que V. S. fuere seruido. Saluo en todo la dignissima censura de V. S.

Doctor D. Matheo Giron de Rioja.